

Novos paradigmas para a propriedade intelectual na era tecnológica: as denominadas licenças livres

David López Jiménez*

Resumo: Durante os últimos anos, a tecnologia evoluiu a uma velocidade sem precedentes e tem nos levado a mudar a concepção que temos, dentre outros aspectos, sobre as relações pessoais e as diversas questões relacionadas com a propriedade intelectual. Esse progresso vem acompanhado de uma série de acordos relativos à forma de compartilhamento de informações e de obras entre as outras pessoas. Este tem por objeto a análise das licenças livres, que vêm adquirindo grande importância em nível mundial e que, como a prática tem mostrado, estão sendo

* Bacharel em Direito pela Universidade Complutense de Madri (Espanha), com destaque acadêmico. Doutor (com menção de doutoramento europeu) pela Universidade de Sevilha (Espanha) com reconhecimento *cum laude* por unanimidade da banca examinadora. Doutor pela Universidade Rei Juan Carlos (Espanha), igualmente com reconhecimento *cum laude* por unanimidade da banca examinadora. Foi contemplado com o “Prêmio Extraordinário de Doutorado”, atribuído a teses de doutorado com qualidades excepcionais. Realizou, com bolsa integral, diversas pós-graduações (três mestrados e três cursos de especialização) em várias universidades da Espanha. Fez diversas pesquisas em vários países europeus. É autor de vários trabalhos acadêmicos – alguns dos quais publicados pela renomada editora Thomson Reuters –, assim como de numerosas publicações em diversas revistas científicas nacionais e internacionais. É orientador de várias teses de doutorado e dissertações de mestrado. Atualmente, é professor e pesquisador da Universidade Autônoma do Chile (Universidad Autónoma de Chile). E-mail: dlopezjimenez@gmail.com; david.lopez@uaautonoma.cl.

reconhecidas pelos Tribunais de Justiça de diversos países. Vale apontar que se está diante de um caso em que os fatos estão evoluindo muito mais rapidamente que o Direito.

Palavras-chave: Internet. Liberdade contratual. Licenças livres. Regulação. Propriedade intelectual.

1 INTRODUÇÃO

Como se sabe, as mudanças de caráter tecnológico têm servido, em boa medida, para modificar as condições de vida das pessoas e promover o desenvolvimento econômico das sociedades.

Inicialmente, o desenvolvimento digital e tecnológico foi visto por muitos com relativo otimismo, uma vez que, dentre outros extremos, trazia alternativas para a criação, produção e exploração de obras com direitos de propriedade intelectual. No entanto, têm-se evidenciado deficiências no tratamento da nova realidade digital que não podem passar despercebidas, tampouco serem subvalorizadas.

A propriedade intelectual é um dos setores mais dinâmicos da atualidade e representa uma porcentagem significativa do PIB dos países ocidentais. Por gerar riqueza e emprego, as instituições governamentais – sobretudo as europeias – têm entendido que a propriedade intelectual é um dos ativos mais sólidos para competir, na economia global, com a mão de obra asiática ou a pesquisa e o desenvolvimento nos Estados Unidos. Se de um lado não resta dúvida quanto à relevância da propriedade intelectual, por outro, como se verá adiante neste texto, esta é objeto de grandes violações. Esse extremo (de violação) tem-se intensificado, em boa medida, em razão das tecnologias da informação e da comunicação.

Antes de entrar na regulamentação legal da questão em tela, cabe notar que, sem dúvida, o desenvolvimento tecnológico tem sido, recorrentemente, impulsor do desenvolvimento e da configuração dos direitos de autor e de direitos afins. Assim, pode-se claramente observar que o direito de propriedade intelectual vem se formando, ao longo do tempo, como resposta a novos desafios trazidos pela tecnologia. O desafio final mais importante nesse âmbito advém da tecnologia digital, na qual residem os meios e aparatos eletrônicos e digitais que servem de via para a exploração de obras e materiais protegidos por direitos de autor. Com efeito, essa tecnologia permite reduzir ou converter em um mesmo formato ou estrutura material interna aquilo que, na realidade, se percebe em distintos formatos de comunicação, como textos, sons e imagens. Além disso, permite armazenar os conteúdos dessas comunicações em um único meio, com a singularidade de que o formato e o protocolo de tratamento desse material são comuns aos dos equipamentos de informática e aos dos meios de telecomunicação modernos.

O *Livro Verde* da Comissão Europeia, de 27 de julho de 1995¹, sobre os direitos de autor e direitos afins na sociedade da informação constitui, sem sombra de dúvida, o primeiro elo de uma cadeia que tenta unir os interesses da sociedade da informação com o desenvolvimento de suas tecnologias no que diz respeito à propriedade intelectual e ao prazo necessário para que as indústrias da cultura e do entretenimento adaptem seus conteúdos aos novos modelos de negócio. Note-se que, como já apontado, trata-se do primeiro elo no âmbito europeu, já tendo sido desenvolvida uma série de outros elos nessa cadeia.

¹ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Livro verde: direito de autor e os direitos conexos na Sociedade da Informação*. Bruxelas, 27 de julho de 1995. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1995:0382:FIN:PT:PDF>>. Acesso em: 8 dez. 2012.

Enquanto os Estados Unidos avançavam na publicação de seu *Digital Millenium Act* (DMA) – que atualmente está em pleno vigor, já foi essencial para vitórias judiciais contra a Napster e a Grokjes e é utilizado com boas perspectivas para combater o intercâmbio de arquivos por meio de redes P2P (ponto a ponto) –, a Europa se esforçava para criar a Diretiva 2001/29/CE do Parlamento e do Conselho Europeu, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de determinados aspectos dos então direitos de autor e direitos afins com os direitos de autor na sociedade da informação². Essa Diretiva se converteria no ponto de partida fundamental para a proteção dos direitos de propriedade intelectual na sociedade da informação³. No entanto, a sua elaboração se deu de forma excessivamente lenta e só se concretizou dois anos depois da lei norte-americana, o que, unido ao prazo de implementação em cada Estado membro da União Europeia, retarda ainda mais o início da sua efetivação.

Deve-se, aqui, aludir também à promulgação das três Diretivas comunitárias, não necessariamente todas em matéria de direitos de autor, mas profundamente inter-relacionadas, a saber: a própria Diretiva 2001/29/CE, já mencionada, relativa à harmonização de determinados aspectos dos então direitos de autor e afins com os direitos de autor na sociedade da informação; a Diretiva 2000/31/

² PARLAMENTO EUROPEU. Conselho da União. Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de maio de 2001: relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação Europeia. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, 22 jun. 2001. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>. Acesso em: 8 dez. 2012.

³ Quanto a tal norma, cf. SERRANO CAÑAS, José Manuel. La transposición de la directiva 2001/29/CE: una visión comparada. In: GARCÍA PÉREZ, Rafael; SUÁREZ, Marcos A. López (Coord.) *Nuevos retos para la propiedad intelectual: II jornadas sobre la propiedad intelectual y el derecho de autor/a* A Coruña, 22-23 mar. 2007), Coruña: Servicio de Publicaciones da Universidade da Coruña, 2008.

CE⁴ sobre comércio eletrônico; e a Diretiva 2004/48/CE⁵, relativa ao respeito aos direitos de propriedade intelectual. Todas essas Diretivas foram transpostas ao ordenamento interno espanhol: a primeira, pela Lei n. 23/2006⁶, que trata da reforma da Lei de Propriedade Intelectual; a segunda, pela Lei n. 34/2002⁷, que trata de serviços da sociedade da informação e comércio eletrônico; e a terceira, pela Lei n. 19/2006⁸, que trata da ampliação dos meios de tutela dos direitos de propriedade intelectual e industrial.

A homogeneidade que as indústrias das telecomunicações e tecnologia digital apresentaram em seus argumentos se mostrou bastante poderosa ante a desunião das diversas indústrias

⁴ PARLAMENTO EUROPEU. Conselho da União. Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de junho de 2000: relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno (“Directiva sobre o comércio electrónico”). *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, 17 jul. 2000. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:PT:HTML>>. Acesso em: 8 dez. 2012.

⁵ PARLAMENTO EUROPEU. Conselho da União. Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 30 abr. 2004. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:195:0016:0025:ES:PDF>>. Acesso em: 8 dez. 2012.

⁶ ESPANHA. Lei n. 23, de 7 de julho de 2006, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. *Boletín Oficial del Estado*, 8 jul. 2006. Disponível em: <<http://www.boe.es/boe/dias/2006/07/08/pdfs/A25561-25572.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2012.

⁷ ESPANHA. Lei n. 34, de 11 de julho de 2002, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. *Boletín Oficial del Estado*, n. 166, 12 jul. 2002. Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=268430>. Acesso em: 8 dez. 2012.

⁸ ESPANHA. Ley n. 19, de 5 de junho de 2006, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios *Boletín Oficial del Estado*, n. 134, jun. 2006. Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=181415>. Acesso em: 8 dez. 2012.

da propriedade intelectual, ante os interesses, muitas vezes divergentes, das empresas europeias em relação ao domínio das multinacionais norte-americanas nos setores da música ou mídia audiovisual ou ante os interesses de distintos grupos de autores por meio das entidades coletivas.

Vale também apontar que cabe a possibilidade de a propriedade intelectual ser tutelada com base em diversas fórmulas criadas recentemente, como é o caso das licenças *creative commons*, cujas particularidades serão analisadas neste estudo. Antes de tratar das particularidades dessa modalidade de licença, cumpre adiantar que as *creative commons* gozam de maior protagonismo em decorrência da expansão da internet e da sociedade da informação. Trata-se de uma nova etapa, na qual os cidadãos têm acesso massivo a diversas obras e podem proceder de diversas formas em relação a elas, como baixá-las, modificá-las ou carregá-las novamente na internet. Como será mostrado, nas licenças *creative commons*, o autor cede uma série de direitos e, por conseguinte, acaba permitindo que sua obra seja, em certa medida, reutilizada.

Antes de entrar na matéria em tela, cabe sublinhar que o conceito de licença aqui adotado é passível de duas concepções amplas. Por um lado, tem-se uma concepção de caráter negativo: a licença pode ser tratada como um comportamento do cedente no sentido de permitir e *não* impossibilitar um tipo de conduta. Por outro, tem-se a concepção de caráter positivo: o cedente não só possibilitaria determinados atos, como também asseguraria o uso desse direito, garantindo, assim, seu pleno gozo.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROPRIEDADE INTELECTUAL: IMPACTO DAS NOVAS TECNOLOGIAS

Antes de lidar com a definição de propriedade intelectual, faz-se aqui um breve relato da origem e evolução de direito de

autor. Trata-se de um fato relativamente recente na história das instituições. É precisamente com o advento da imprensa e das reproduções que se desenvolvem os princípios daquilo que é hoje a propriedade intelectual. Pode-se, de certa forma, afirmar que a técnica que dominava aqueles tempos revolucionou consideravelmente as condições de divulgação das obras intelectuais. De fato, essa técnica permitiu colocar no mercado, ao alcance dos consumidores e/ou usuários que quisessem, diversos exemplares da criação intelectual. Deve-se notar que o advento dessa primeira técnica, que permitia difundir a palavra escrita, revelou um aspecto central no desenvolvimento da propriedade intelectual. Trata-se da distinção entre, de um lado, o objeto da propriedade intelectual, basicamente formado pela obra de arte em questão, e, de outro, os materiais que lhe servem de base. Esses materiais não são outros senão os recursos por meio dos quais a obra intelectual é repassada àqueles que serão seus possíveis receptores. Consequentemente, não resta dúvida sobre o efeito que as novas técnicas tiveram no que diz respeito à propriedade intelectual. Com as devidas ressalvas, pode-se dizer que, com as novas tecnologias,⁹ estamos, caso seja possível usar a expressão, diante de um estado de revolução do tratamento da propriedade intelectual similar àquele ocorrido há quase seis séculos.¹⁰

A propriedade intelectual é o conjunto de direitos de natureza pessoal e patrimonial que correspondem ao autor pelo simples fato

⁹ MALMIERCA LORENZO, Marta. La obra escrita y las nuevas tecnologías. *Icade: revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n. 78, p. 58, set.-dez. 2009. A autora aponta que as novas tecnologias oferecem aos titulares de direitos de propriedade intelectual novas formas de negócio, já que, em virtude dessas tecnologias, multiplicam-se as alternativas para que as obras e materiais possam ser explorados comercialmente e disponibilizados ao público.

¹⁰Sobre essa questão, cf. ERDOZAÍN LÓPEZ, José Carlos. *Derechos de autor y propiedad intelectual en internet*. Madrid: Tecnos, 2002.

de ter criado a obra, tendo o autor plena disponibilidade em relação a ela e o direito exclusivo de sua exploração sem limites além daqueles estabelecidos por lei. Na condição de um conjunto de direitos de natureza pessoal e patrimonial que competem ao autor pela mera criação de uma obra, a propriedade intelectual consiste em um conceito complexo cuja proteção é essencial para que os criadores possam desenvolver suas atividades com a garantia de que terão rendas suficientes para viver de suas criações.

Há ainda de se considerar que a propriedade intelectual se divide em duas grandes áreas. Por um lado, tem-se a propriedade industrial, que basicamente está relacionada com as invenções; por outro, tem-se o direito de autor, que está relacionado com as obras artísticas e literárias.

A Consolidação da Lei de Propriedade Intelectual na Espanha – Decreto Real Legislativo n. 1, de 12 de abril de 1996¹¹ – consiste em um conjunto complexo de 164 artigos e várias disposições adicionais e transitórias para regular a exploração de diversos tipos de obras individuais e coletivas, musicais e literárias, audiovisuais ou multimídias, programas de computador, apresentações e interpretações, assim como a gestão individual e coletiva de alguns dos direitos inerentes às obras e de suas consequências.

A exploração digital compreende, pelo menos, quatro atos dotados de materialidade, sob o ponto de vista técnico e comercial, a saber: a digitalização dos conteúdos; o armazenamento desses conteúdos nos servidores ou dispositivos eletrônicos, seja a partir da transmissão ou da recuperação de conteúdos protegidos; a

¹¹ESPAÑA. Real Decreto Legislativo n. 1 de 12 de abril de 1996, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. *Boletín Oficial del Estado*, n. 97, 22 abr. 1996. Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rdleg1-1996.html>. Acesso em: 8 dez. 2012.

transmissão digital com base desses dispositivos; e a obtenção de cópias pelo usuário.

3 A PIRATARIA DE OBRAS TUTELADAS POR DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

No que tange à legislação, todos os países desenvolvidos concedem o grau mais elevado de proteção à propriedade intelectual, tipificando como delito as atividades que violam essa propriedade.

Em termos jurídicos, entende-se por pirataria a exploração de uma obra alheia do intelecto humano com vista ao lucro pessoal e em prejuízo de um terceiro que não participa da reprodução, distribuição ou divulgação realizada por aquele que comete a violação e o acesso do público em geral, que, sem cometer crime, se beneficia diretamente do usufruto da obra a preços muito inferiores aos quais teria de arcar pelo acesso autorizado pelos titulares da propriedade intelectual. A tecnologia digital, assim como a sociedade da informação, mostra que já está superado o autocontrole que existia com a tecnologia analógica, de modo que os próprios usuários contribuem para a cópia e distribuição das obras entre um grande número de pessoas.

O Tribunal Supremo da Espanha utilizou uma terminologia, a meu ver, bastante acertada ao comparar a pirataria com o parasitismo. Quando se examina a definição de pirataria com um pouco mais de profundidade, percebe-se que se trata de uma definição complexa, pois, além de um tanto quanto técnica, exige um mínimo conhecimento de como se dá a exploração das obras e o que realmente adquire um consumidor ao comprar um DVD, ao pagar pelo acesso a determinado programa audiovisual ou ao baixar uma música de um sítio eletrônico autorizado.

São três os problemas que fundamentalmente afetam a propriedade intelectual: o comércio ambulante de músicas¹², filmes e *videogames*, os *downloads* de conteúdos pela internet¹³ e as cópias para amigos, conhecidos, familiares ou colegas de trabalho ou universidade. Além desses problemas, os quais afetam essencialmente a música, o cinema e os *videogames*, alguns setores identificam outros problemas que os afetam de forma específica: os editores e autores veem como as fotocópias, digitalizações e comercializações não autorizadas de obras literárias assolam seus mercados, reduzindo drasticamente suas possibilidades de expansão. Aqueles que desenvolvem programas de computador veem como o retorno de programas que exigem grandes investimentos de tempo e dinheiro é enormemente prejudicado quando seus programas são utilizados em diversos computadores mediante pagamento de uma única licença – prática que ocorre não somente nas empresas privadas, mas também, com mais frequência do que se espera, nas instituições públicas.

O controle dessas atividades é bastante complexo, pois se encontram generalizadas, não têm rejeição social e exigem, para sua efetivação, a obtenção de provas nos domicílios e computadores de particulares. São três os tipos de medidas propostas pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) para realizar atividade de controle, quais sejam: sensibilização da sociedade, implementação de uma legislação adequada e aplicação das leis. A meu ver, dever-se-ia adicionar um quarto tipo: a autorregulação da indústria com a participação

¹²Conforme aponta HERNÁNDEZ, Pablo. Nuevos conceptos de propiedad intelectual o derecho de autor: la supervivencia de la música en un mercado de gratuidad. *Icade: revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n. 78, p. 27, set./dez. 2009.

¹³Fala-se, nesse sentido, da *cyber* evolução, que tem afetado, de forma relevante, as artes e a cultura.

de todos os agentes direta ou indiretamente relacionados nesse âmbito.

A pirataria permite o acesso a muitas obras sem se pagar por ele ou mediante pagamento de uma quantidade consideravelmente baixa, o que, por si só, já constitui um primeiro argumento a favor dessa prática. Logicamente, o usuário que utiliza o preço como desculpa dificilmente entende que o valor da obra nada tem a ver com o valor do meio no qual ela se encontra.

As vítimas da pirataria são dificilmente identificáveis e, quando se fala de obras musicais ou cinematográficas, a imagem que a sociedade tem é a dos artistas que subiram na vida e vivem bastante acima da média econômica dos demais cidadãos. É imprescindível que os consumidores se conscientizem, por meio de campanhas adequadas, de que as obras artísticas dependem, em boa medida, de diversas pessoas que contribuem para sua criação e que estão muito distantes do luxo e dos rendimentos disfrutados pelos artistas famosos. Mais ainda: além do número significativo de pessoas que intervêm diretamente no processo, milhares de pessoas devem seus postos de trabalho ao processo de distribuição que permite aos cidadãos ter acesso às obras.

4 A TUTELA DOS DIREITOS DE AUTOR POR MEIO DAS LICENÇAS *CREATIVE COMMONS*

A internet facilitou o acesso não apenas a todo tipo de informação, mas também a obras audiovisuais e artísticas. Complementarmente, possibilitou o compartilhamento de obras com quem quer que se queira. Esse extremo é viabilizado, dentre outros meios, em virtude da licença *creative commons*.

4.1 Conceito e características

O modelo *copyleft* constitui uma alternativa ao modelo tradicional de licença denominado *copyright*¹⁴. Na realidade, como se pode perceber, o conceito, por si só, pode ser concebido como um jogo de palavras em relação ao termo *copyright*¹⁵. Com efeito, o conceito parece tomar como ponto de partida o paradoxo ou antagonismo que existe entre os vocábulos anglo-saxônicos *right-left*, que podem ser traduzidos como direita-esquerda; contudo, o conceito, em certa medida, vai além dessa interpretação. Destarte, dever-se-ia, na verdade, centrar no verbo *to leave* (infinitivo da forma *left*), que pode ser traduzido como “deixar” e revela uma noção de caráter substancialmente altruísta no âmbito da propriedade privada.

Antes de adentrar na matéria, deve-se insistir na ideia de que a obra livre não é, em qualquer caso, sinônimo de domínio público sem limites. Não é à toa que essa modalidade de licença visa garantir o amparo aos direitos de autor.

As licenças *copyleft* surgiram em relação aos programas de computador e, em sua primeira versão, permitiam o uso, a cópia e a modificação do *software* para qualquer fim, com a condição de que o programa fosse disponibilizado aos demais usuários sob a mesma licença. No entanto, nem todas as licenças *creative commons* são necessariamente licenças *copyleft*.

¹⁴ Apesar do que possa parecer *a priori*, a licença *creative commons* não vai, de forma alguma, declaradamente contra o *copyright*. Seu objetivo fundamental consiste em complementar o regime atual dos direitos de autor. Igualmente, deve-se apontar que a diferença fundamental entre o *copyright* e a licença *creative commons* está no fato de que no primeiro se reservam automaticamente todos os direitos, enquanto no segundo é o autor que decide que direitos deseja reservar e quais libera por meio desse tipo de licença.

¹⁵ XALABARDER PLANTADA, Raquel. Las licencias *creative commons*: ¿una alternativa al copyright?. *UOC Papers*: revista sobre la Sociedad del Conocimiento, n. 2, p. 1-12, mar. 2006.

Na Europa, a duração dos direitos de autor nos países signatários do Convênio de Berna foi homogeneizada para o período que compreende toda a vida do autor mais 70 anos após sua morte. Como se pode depreender, os direitos de autor na Europa tinham duração maior que nos Estados Unidos – razão pela qual as obras de autores norte-americanos gozavam de maior proteção na Europa do que no próprio país de origem.

Antes de entrar no conteúdo das licenças, cabe indicar a origem e as características do que se entende por *creative commons*. Ao final do século XX – mais precisamente em 1998 –, o Congresso norte-americano aprovou a ampliação da duração dos direitos de autor. Em resposta a essa reforma, o editor Eric Eldred iniciou uma batalha legal em que buscava defender os direitos constitucionais. O caso terminou chegando ao Tribunal Supremo dos Estados Unidos. O advogado de defesa era professor de Direito da Universidade de Stanford, o reconhecido Lawrence Lessig – hoje na Universidade de Harvard. Embora tenha perdido o caso, Eldred tomou, junto com Lessig, a decisão acertada de aproveitar os esforços empreendidos no caso para criar um projeto denominado *Creative Commons*¹⁶ a fim de utilizar a lei de maneira mais flexível e retomar o equilíbrio entre autor e usuário, já que não era possível mudar a lei.

Com efeito, a Creative Commons consiste em uma organização sem fins lucrativos que oferece um sistema flexível de direitos de autor para os trabalhos de criação. Como muitos já sabem, a Creative Commons foi fundada¹⁷ em maio de 2002 por Lawrence

¹⁶Inicialmente, criaram o que denominaram *copyright commons*, sendo o nome posteriormente modificado, passando para o que hoje é conhecido como *creative commons*.

¹⁷Dentre os participantes vinculados à sua fundação, seja direta ou indiretamente, destacam-se: James Boyle, Michael Carroll, Lawrence Lessig, Hal Abelson, Eric Saltzman e Eric Eldred. No que diz respeito aos apoios de pessoas jurídicas, destaca-se o trabalho realizado pelo Berkman Center for Internet & Society, da Harvard Law School.

Lessig, então professor da Universidade Stanford¹⁸, para ensinar um modelo legal e uma série de aplicações informáticas que facilitassem a distribuição e o uso de conteúdos no domínio público. Com o passar dos anos, o modelo se expandiu mundialmente e, hoje em dia, há diversos produtos na internet que oferecem a referida licença – boa parte dos quais consistem em obras que podem ser baixadas de diversos portais virtuais.

No caso das licenças *creative commons*, o autor que cria a obra e deseja explorá-la pela internet elege um tipo dessas licenças e, ao disponibilizar a obra ao público, identifica-a com o símbolo “CC” e lhe atribui a licença¹⁹. Quando decide utilizar uma obra, o usuário se torna licenciado e se compromete em aceitar e respeitar as condições que o autor estabeleceu para o uso da obra. Dentre essas condições, são relevantes aquelas que excluem a possibilidade de utilizar a obra para fins ou usos comerciais – identificada com um cifrão no interior de um círculo cortado por faixa diagonal.

As licenças em tela não respondem a um padrão único, permitindo diversas variantes conforme o grau de disposição de direitos determinado pelo autor. Por conseguinte, deve-se destacar que não cabe igualar obras com licença “CC” com obras não protegidas. Trata-se, na verdade, de obras para as quais o

¹⁸Não à toa, a sede se encontra na Stanford Law School (Califórnia, Estados Unidos).

¹⁹De caráter geral, RODRÍGUEZ MORO, Luis. Notas sobre las licencias creative commons. In: GARCÍA PÉREZ; LÓPEZ SUÁREZ, 2008; RODRÍGUEZ MORO, Luis. Creative commons: un nuevo entendimiento de la cultura y la adecuación de sus licencias a la normativa española. *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n. 28, p. 65-80, 2010; NAVAS NAVARRO, Susana. Dominio público, diseminación «on line» de las obras de ingenio y cesiones «creative commons»: necesidad de un nuevo modelo de propiedad intelectual. In: ACTAS de Derecho Industrial y Derecho de Autor, v. 32, p. 239-262, 2011-2012; BUGANZA, Carmen. La gestión del derecho de autor y las licencias “creative commons”. In: HERRÁN, Ana I.; CIRIÓN, Aitziber Emaldi; ENCISO, Marta (Coord.). *Derecho y nuevas tecnologías*. Bilbao: Universidad de Deusto – Deustuko Unibertsitatea, 2011. v. 3, p. 265-278.

autor se reserva alguns direitos e autoriza outros, dependendo de cada caso.

De modo geral, pode-se dizer que existem seis licenças-padrão de *creative common*, as quais podem ser acessadas pelo próprio sítio eletrônico da Creative Commons. O criador da obra correspondente deve unicamente responder a duas grandes questões: (i) se dá seu consentimento a um possível uso comercial da obra; e (ii) se permite a geração de obras derivadas. Também é possível optar por uma jurisdição em caso de eventual litígio. A negativa do autor para o uso comercial da obra não deve ser interpretada como impedimento de o autor comercializar sua obra da forma que achar mais conveniente. Nesse aspecto, vale sublinhar que o que se está cedendo, ou não, é o direito de a outra comercialize essa obra livremente. No caso de permitir a geração de obras derivadas, o autor pode impor a condição de que essas obras estejam sujeitas a uma licença da mesma modalidade. Da combinação de respostas a essas duas grandes perguntas derivam as seis licenças-padrão atuais.

As diferentes modalidades de licença oferecem a possibilidade de cópia ou reprodução, distribuição e comunicação pública de uma obra – naturalmente, desde que nada disso seja realizado com fins comerciais e que, além disso, o autor seja reconhecido e se faça constar o aviso da licença que acompanha a obra. Deve-se também levar em consideração que se trata de licenças que apresentam um caráter mundial/internacional e que de forma alguma afetam os direitos morais – direitos que os autores jamais podem ceder em certas jurisdições europeias, como é o caso da Espanha.

O recurso às licenças ora apresentadas é plenamente voluntário para o potencial interessado e constitui uma alternativa de caráter totalmente gratuito. Tampouco existe o dever de ter de registrar a obra junto à organização responsável por esse tipo de licença.

Além disso, pode-se dizer que as licenças *creative commons* apresentam, em geral, uma estrutura tripartite. Em primeiro lugar, está o resumo – *commons deed* –, no qual figura uma explicação concisa do que se pode fazer e como se pode atuar em relação à obra sujeita à licença. Em segundo lugar, está o texto legal – *legal code* –, que constitui a licença propriamente dita, em um sentido amplo²⁰. Em terceiro lugar, tem-se o que se poderia chamar de código – *digital code* –, que é a incorporação do sinal gráfico na obra correspondente²¹. Em princípio, pode-se afirmar que essa modalidade de licença parece estar concebida para o âmbito estritamente digital, mas também é possível empregá-la para o espaço físico ou tradicional.

Existem certas particularidades no que diz respeito à aplicação dessas licenças aos *softwares*. Tendo em vista outras questões envolvidas, resultantes em boa medida do uso do código fonte, o mais aconselhável seria recorrer a outros tipos de licença criados com caráter específico para esse tipo de obras, como as da Free Software Foundation ou da Open Source Initiative. Trata-se do chamado *software* livre, em relação ao qual se destaca Richard Stallman, que pode ser considerado o pai desse tipo de *software*, além de fundador da Free Software Foundation.

Vale também apontar, ainda que de forma superficial, o instrumento jurídico com base no qual funcionará a licença *creative commons*. Refere-se aqui à licença de uso que, basicamente, adotará a forma jurídica dos contratos de adesão. De um lado, consentimento do licenciante será dado implicitamente pelo

²⁰Na realidade, é um nível mais profundo que o anterior. Deve-se apontar que ele foi evoluindo, tendo sido criadas várias versões (a última das quais é a 3.0).

²¹Essencialmente, constitui um tipo de linguagem apenas compreensível para as ferramentas de busca. Trata-se de uma espécie de metadados que os buscadores identificam para determinar se se trata de uma obra livre.

simples fato de licenciar uma obra sob essa modalidade de licença; do outro, o consentimento do licenciado será tido como dado quando fizer uso da obra licenciada de alguma das três maneiras possíveis permitidas pela licença.

4.2 Modalidades

Atualmente, existem seis licenças *creative commons*, as quais basicamente possibilitam a reprodução, distribuição e comunicação das obras sempre e quando se cumpram as premissas inicialmente estabelecidas pelo titular dos direitos²². Hoje em dia, as diversas licenças determinam a obrigação de reconhecimento do autor da obra em questão mais os direitos concedidos pelo licenciante. Assim, as licenças-padrão são: atribuição; atribuição – uso não comercial; atribuição – uso não comercial – partilha nos termos da mesma licença; atribuição – uso não comercial – proibição de realização de obras derivadas; atribuição – partilha nos termos da mesma licença; e atribuição – proibição de realização de obras derivadas.

Além dos tipos de licenças mencionadas, cabe apontar brevemente outras que existem no âmbito da *creative commons*, como: domínio público, que, como o próprio nome revela, é uma cessão ao domínio público, que tem por base a jurisdição norte-americana; *developing nations*, que representa uma licença pensada unicamente para permitir usos em relação à obra em questão apenas no âmbito dos países em desenvolvimento; *sampling*, que, na realidade, corresponde a um grupo de três licenças diferentes pensadas para todos aqueles materiais que sejam passíveis de remixagem, como a música, o vídeo e/ou a

²² A esse respeito, cabe apontar que as licenças foram elaboradas essencialmente com base em quatro condições essenciais, quais sejam: atribuição (*attribution*); uso não comercial (*non-commercial*); a proibição de realização de obras derivadas (*no derivative works*); e partilha nos termos da mesma licença (*share alike*)

imagem; *founder's copyright*, que é um tipo de licença baseada no que se pode considerar como a primeira licença de *copyright* nos Estados Unidos, de 1970, na qual a extensão dos direitos sobre uma obra tinha um prazo de duração de 14 anos prorrogáveis por mais 14 anos – se o autor o considerasse apropriado –, já que, caso contrário, a obra passaria ao domínio público; e *share music*, que pode ser considerada equivalente ao que se chama de licença de atribuição – uso não comercial – proibição de obras derivadas.

Apesar de neste estudo não serem abordadas as diversas modalidades de licença, cumpre sublinhar que o projeto da *creative commons* está em desenvolvimento permanente. Com efeito, atualmente, estão sendo gerados novos tipos de licença que se somam aos já existentes. Não é sem menos que os criadores de obras reivindicam novas tipologias de licenças que sejam condizentes com as demandas deles próprios.

4.3 Utilidade e intencionalidade

Como já se apontou, as licenças *creative commons* são aplicáveis para além das obras puramente virtuais, dado que também são possíveis no meio físico ou tradicional cujo autor não deseja reservar-se todos os direitos derivados de sua obra.

No que toca à Espanha, os usuários que mais recorrem a essas licenças hoje em dia são os autores de *blogs* ou de determinados sítios eletrônicos, ou, no âmbito das redes sociais, o usuário do *Flickr*, destinado à fotografia. Além disso, como a prática revela, as licenças *creative commons* são adotadas não apenas por pessoas físicas, mas também por universidades públicas e privadas e pela própria Administração Pública.

As licenças *creative commons* contam com versões nos distintos idiomas oficiais da Espanha, a saber: catalão, basco, galego e uma versão em asturiano. Essas adaptações contaram

com a colaboração de distintos organismos públicos espanhóis. É interessante também notar que, no Reino de Espanha, um grande número de licenças vem sendo formalizado, chegando a cifras próximas de 10 milhões de obras licenciadas.

Embora a legislação aplicável a esse tipo de licença tenha sido inicialmente aquela de onde emergiu a Creative Commons, ou seja, a legislação norte-americana, deve-se apontar que, dados os interesses despertados em inúmeras organizações de outros países, as licenças foram adaptadas a outros Estados. O que se fez nesse sentido foi conservar, em certa medida, a mesma filosofia da licença original, porém mudando, acrescentando ou, dependendo do caso, eliminando aquelas partes oportunas e convenientes para que os textos fossem válidos em cada jurisdição concreta em que as licenças iriam surtir efeito. A esse respeito, deve-se considerar que as primeiras instituições que participaram das licenças *creative commons* foram as do Brasil, da Finlândia e do Japão.

4.4 Algumas críticas possíveis: oposição ao sistema apresentado

Nesta seção, abordam-se algumas das possíveis críticas²³ feitas ao modelo de licenciamento *creative commons*. Em primeiro lugar, afirma-se que essas licenças não representam, de forma alguma, licenças verdadeiras. Argumenta-se que nada mais são que formulários propostos por organizações para os titulares de direitos de autor, que podem empregá-lo caso assim desejarem. Na realidade, mais do que contratos de licenças de exploração, trata-se em formulários que incluem ofertas públicas de celebração

²³Segue-se aqui, em boa medida, GUTIÉRREZ VICÉN, Javier. La transmisión de derechos de los creadores visuales en la red: algunas cuestiones. *Icade*: revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, n. 78, p. 79-81, set./dez. 2009.

dessas licenças. De fato, como mostra a prática, essas fórmulas se encontram predispostas em modelos contratuais com a finalidade de serem outorgadas pelas partes em questão. Seu destinatário é qualquer membro do público que acesse a internet. Considerando a nomenclatura a que recorre a organização, não há número máximo de possíveis e eventuais licenciados.

Em segundo lugar, deve-se apontar, segundo a opinião adotada neste estudo, que o sistema se choca frontalmente com o art. 1.262 do Código Civil espanhol²⁴. Com efeito, como se sabe, para o nascimento do contrato é preciso a ocorrência efetiva da oferta e da aceitação. No caso das licenças *creative commons*, não se expressa de que forma o licenciado comunicará sua aceitação ao autor licenciante.

Em terceiro lugar, uma vez que esse tipo de licença se realiza de forma virtual, viola-se a norma existente em matéria de comércio eletrônico. Refere-se aqui à Lei n. 34/2002²⁵, que trata de serviços da sociedade da informação e de comércio eletrônico e cujo art. 28 exige a confirmação do aceitante às condições do oferente.

Em quarto lugar, o sistema *creative commons* viola o art. 5.4 da Lei espanhola n. 7/1998²⁶, que trata das condições gerais da contratação. Esse dispositivo estabelece que não serão incorporadas ao contrato as condições ilegíveis, ambíguas ou incompreensíveis que não tiverem sido aceitas de forma expressa, por escrito, pelo aderente.

Em quinto lugar, o tipo de licença em tela opõe-se ao art. 43 da Lei de Propriedade Intelectual na Espanha²⁷. Os efeitos

²⁴Cf. ESPANHA. Decreto real de 24 de julho de 1889. Código civil espanhol. *Gaceta de Madrid*, 25 jul. 1889. Disponível em: <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/cc/INDEXCC.htm>>. Acesso em: 8 dez. 2012.

²⁵Cf. ESPANHA, 2002.

²⁶Cf. ESPANHA, 1998

²⁷Cf. ESPANHA, 1996.

obrigatórios dessas licenças de uso não exclusivo não incluem, de maneira clara, a determinação das partes, os atos de exploração autorizados, a fixação de um prazo específico de duração do possível contrato. Além disso, deve-se considerar que o autor perde o controle de sua obra quando regula seu controle por meio desses tipos de licença. Trata-se de licenças que representam autorizações a perpetuidade e, por conseguinte, os usuários presumirão que a exploração se realiza sob os termos dessas licenças. Uma vez divulgada uma obra recorrendo a esses tipos de licença, torna-se impossível, em todos os aspectos, que o autor, caso considere oportuno, consiga retirar essa obra do mercado; portanto, está-se violando o direito moral do arrependimento.

Em suma, o modelo *creative commons* choca-se frontalmente com o ordenamento jurídico espanhol em tudo o que diz respeito à formação do contrato. Mais especificamente, fere o ordenamento no que diz respeito à oferta, ao aceite e ao nascimento da licença.

5 CONCLUSÃO

O desenvolvimento tecnológico tem sido força motriz e peça fundamental no desenvolvimento e na configuração dos direitos de autor e de outros direitos afins. Pode-se observar, com relativa clareza, que o direito de propriedade intelectual vem se formando, ao longo do tempo, como resposta a novos desafios trazidos pela tecnologia. O desafio final mais importante nesse âmbito advém da tecnologia digital, na qual residem os meios e formatos eletrônicos e digitais que servem de via para a exploração de obras e *royalties* passíveis de proteção jurídica. Com efeito, essa tecnologia permite reduzir ou converter em um mesmo formato ou estrutura material interna aquilo que, na realidade, se percebe em distintas mídias, como textos, sons e imagens, e permite armazenar esses materiais

nos mesmos formatos midiáticos, com a singularidade de que tais formatos e os protocolos de tratamento são comuns aos dos equipamentos de informática e aos dos meios de telecomunicação modernos.

Aponta-se, aqui, que cabe a possibilidade de a propriedade intelectual ser tutelada com base em diversas fórmulas criadas recentemente, como é o caso da *creative commons*, licenças cujas particularidades serão analisadas neste estudo. As *creative commons* gozam atualmente de maior protagonismo em decorrência da generalização da internet e da expansão da sociedade da informação. Nessa nova etapa da sociedade, os cidadãos têm acesso massivo a diversas obras, em relação às quais podem adotar diversas ações, como baixá-las, modificá-las ou carregá-las novamente na internet. Nesse tipo de licença, o autor cede uma série de direitos e, por conseguinte, concede que sua obra, em certa medida, seja reutilizada.

As diferentes modalidades de licença oferecem a possibilidade de cópia ou reprodução, distribuição e divulgação pública de uma obra – naturalmente, desde que nada disso seja realizado com fins comerciais e que, além disso, o autor seja reconhecido e se faça constar o aviso da licença que a acompanha. Deve-se levar em consideração que se trata de licenças que, por um lado, apresentam caráter mundial/internacional e que, por outro lado, de forma alguma afetam os direitos de caráter moral. Esses últimos direitos são aqueles que os autores não podem, sob quaisquer circunstâncias, ceder em certas jurisdições europeias.

New intellectual property paradigms in the technological age: the so-called free licenses

Abstract: In recent years, technology has evolved at unprecedented speed and has led us to change our concepts of personal relationships and various issues related to intellectual property. This progress has been accompanied by a series of agreements on how to share information and work among others. This study aims at making a review of free licenses, which have acquired great importance worldwide and, as practice has shown, are being recognized by Courts in many different countries. The analysis holds in a world where facts are evolving at a much faster pace than the law.

Keywords: Internet. Contractual license. Free licenses. Regulation. Intellectual property.

REFERÊNCIAS

BUGANZA, Carmen. La gestión del derecho de autor y las licencias “Creative Commons”. In: HERRÁN, Ana I.; CIRIÓN, Aitziber Emaldi; ENCISO, Marta (Coord.). *Derecho y nuevas tecnologías*. Bilbao: Universidad de Deusto-Deustuko Unibertsitatea, 2011. v. 3, p. 265-278.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Livro verde: direito de autor e os direitos conexos na Sociedade da Informação*. Bruxelas, 27 de julho de 1995. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1995:0382:FIN:PT:PDF>>. Acesso em: 8 dez. 2012.

ERDOZAÍN LÓPEZ, José Carlos. *Derechos de autor y propiedad intelectual en internet*. Madrid: Tecnos, 2002.

ESPANHA. Decreto real de 24 de julho de 1889. Código civil espanhol. *Gaceta de Madrid*, 25 jul. 1889. <Disponível em: <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/cc/INDEXCC.htm>>. Acesso em: 8 dez. 2012.

ESPAÑA. Lei n. 34, de 11 de julho de 2002, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. *Boletín Oficial del Estado*, n. 166, 12 jul. 2002. Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=268430>. Acesso em: 8 dez. 2012.

ESPAÑA. Lei n. 7, de 13 de abril de 1998, sobre condiciones generales de la contratación. *Boletín Oficial del Estado*, n. 89, 14 abr. 1998. Disponível em: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1998-8789>. Acesso em: 8 dez. 2012.

ESPAÑA. Lei n. 19, de 5 de junho de 2006, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitários. *Boletín Oficial del Estado*, n. 134, jun. 2006. Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=181415>. Acesso em: 8 dez. 2012.

ESPAÑA. Lei n. 23, de 7 de julho de 2006, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. *Boletín Oficial del Estado*, 8 jul. 2006. Disponível em: <<http://www.boe.es/boe/dias/2006/07/08/pdfs/A25561-25572.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2012.

ESPAÑA. Real Decreto Legislativo n. 1, de 12 de abril de 1996, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. *Boletín Oficial del Estado*, n. 97, 22 abr. 1996. Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rdleg1-1996.html>. Acesso em: 8 dez. 2012.

GUTIÉRREZ VICÉN, Javier. La transmisión de derechos de los creadores visuales en la red: algunas cuestiones. *Icade: revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n. 78, p. 71-84, set./dez. 2009.

HERNÁNDEZ, Pablo. Nuevos conceptos de propiedad intelectual o derecho de autor: la supervivencia de la música en un mercado de gratuidad. *Icade: revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n. 78, p. 27-38, set./dez. 2009.

MALMIERCA LORENZO, Marta. La obra escrita y las nuevas tecnologías. *Icade: revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n. 78, set./dez. 2009.

NAVAS NAVARRO, Susana. Dominio público, diseminación “on line” de las obras de ingenio y cesiones “creative commons”: necesidad de un nuevo modelo de propiedad intelectual. In: ACTAS de derecho industrial y derecho de autor, Santiago de Compostela, t. 32, p. 239-262, 2011-2012.

PARLAMENTO EUROPEU. Conselho da União. Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de maio de 2001: relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação Europeia. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, 22 jun. 2001. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:PT:PDF>>. Acesso em: 8 dez. 2012.

PARLAMENTO EUROPEU. Conselho da União. Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 30 abr. 2004. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:195:0016:0025:ES:PDF>>. Acesso em: 8 dez. 2012.

PARLAMENTO EUROPEU. Conselho da União. Directiva n. 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de junho de 2000: relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno (“Directiva sobre o comércio electrónico”). *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, 17 jul. 2000. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:PT:HTML>>. Acesso em: 8 dez. 2012.

RODRÍGUEZ MORO, Luis. Creative commons: un nuevo entendimiento de la cultura y la adecuación de sus licencias a la normativa española. *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n. 28, p. 65-80, 2010.

RODRÍGUEZ MORO, Luis. Notas sobre las licencias creative commons. In: GARCÍA PÉREZ, Rafael; LÓPEZ SUAREZ, Marcos A. (Coord.) *Nuevos retos para la propiedad intelectual: II jornadas sobre la propiedad intelectual y el derecho de autor/a*. A Coruña, 22 e 23 de marzo de 2007. Coruña: Servicio de Publicaciones Universidade da Coruña, 2008.

SERRANO CAÑAS, José Manuel. La transposición de la directiva 2001/29/CE: una visión comparada. In: GARCÍA PÉREZ, Rafael; LÓPEZ SUAREZ, Marcos A. (Coord.) *Nuevos retos para la propiedad*

intelectual: II jornadas sobre la propiedad intelectual y el derecho de autor/a. A Coruña, 22 e 23 de março de 2007. Coruña: Servicio de Publicaciones da Universidade da Coruña, 2008.

XALABARDER PLANTADA, Raquel. Las licencias creative commons: ¿una alternativa al copyright? *UOC Papers*: revista sobre la sociedad del conocimiento, n. 2, p. 1-12, mar. 2006.

Enviado em 11 junho de 2013.
Aceito em 22 de outubro de 2013.